

Ladeur / Ingold  
Graber / Wielsch

# Die Zukunft der Medien- verfassung



*Future Concepts of Law 2*

**Mohr Siebeck**

# Future Concepts of Law

herausgegeben von

Dan Wielsch

2





Karl-Heinz Ladeur / Albert Ingold /  
Christoph Beat Graber / Dan Wielsch

# Die Zukunft der Medienverfassung

Mohr Siebeck

*Karl-Heinz Ladeur*, geboren 1943; Studium der Rechtswissenschaft in Köln und Bonn; 1976 Promotion; 1982 Habilitation; Professor für Öffentliches Recht an den Universitäten Bremen und Hamburg sowie am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz.

<https://orcid.org/0000-0002-9666-7779>

*Albert Ingold*; Professor für Öffentliches Recht, insb. Kommunikationsrecht und Recht der Neuen Medien an der Universität Mainz.

<https://orcid.org/0000-0003-4936-6137>

*Christoph Beat Graber*; Professor für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts an der Universität Zürich.

*Dan Wielsch*, geboren 1970; 1999 Promotion; 2007 Habilitation; Professor für Bürgerliches Recht und Rechtstheorie an der Universität zu Köln.

ISBN 978-3-16-160810-0 / eISBN 978-3-16-160811-7

DOI 10.1628/978-3-16-160811-7

ISSN 2747-3872 / eISSN 2747-3880 (Future Concepts of Law)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

# Inhaltsverzeichnis

*Dan Wielsch*

Die Zukunft der Medienverfassung. Zur Einführung .....	1
---	---

*Karl-Heinz Ladeur*

Die Zukunft der Medienverfassung .....	17
I. Die Medien in der „Gesellschaft der Individuen“ .....	17
II. Die neue Beweglichkeit der Meinungsbildung in der „Gesellschaft der Organisationen“ und ihren Medien .....	24
III. Der Übergang zur „Gesellschaft der Netzwerke“ des 21. Jahrhunderts .....	30
IV. Der Rundfunk im Netzwerk der Medien .....	35
V. Die neue Verkehrsordnung des Wissens in den Netzwerken der sozialen Medien .....	52
VI. Der Wandel der Medien und die Notwendigkeit des institutionellen Schutzes der Produktivität und Varietät des Wissens .....	71
VII. Das Problem der Regulierung der Intermediäre – insbesondere der Suchmaschinen: Grenzen des Kartellrechts und der rechtliche Schutz der Wissensinfrastruktur der Gesellschaft .....	78
VIII. Ausblick: Neues Medienrecht als Wegbereiter einer neuen Rechtsform der Zukunft .....	85

*Albert Ingold*

Erwartungen an die Relationalität künftiger Medienverfasstheit .....	91
I. Netzwerkgesellschaft der Medienverfassung .....	93
II. Subjektkonstruktionen der Medienverfassung .....	99
III. Öffentlichkeit und Sozialität der Medienverfassung .....	105

## *Inhaltsverzeichnis*

*Christoph Beat Graber*

Zum Konzept des Rechts in der „Gesellschaft der Netzwerke“ .....	113
I. Einleitung .....	113
II. Medientheorie und Recht .....	114
III. Das Verhältnis von Normativität und Technologie in der Gerichtspraxis .....	117
IV. Technosoziale Normativität: Was ist das? .....	119
VI. Facebook „Like Button“: Technologische Affordanzen und normative Erwartungen .....	125
VII. Aus normativen Erwartungen an Technologie wird Recht	130
VIII. Schluss .....	133

# Die Zukunft der Medienverfassung

## Zur Einführung

*Dan Wielsch*

Der Begriff der Medienverfassung liegt noch vor uns. Das scheint zunächst weniger für ein Verständnis zu gelten, das Medien zum Gegenstand von Recht macht. Hier wäre auf die Kommunikationsgrundrechte und die zur Gewährleistung ihrer realen Inanspruchnahme ergangenen Gesetze und gerichtlichen Entscheidungen zu verweisen. Denn früh wird deutlich, dass Zensurfreiheit und Staatsferne allein nicht die Freiheitlichkeit von Kommunikation verbürgen. Das dem feudalen Staat abgetrotzte Menschenrecht der Meinungs- und Redefreiheit wird nicht nur durch staatliche Repression gefährdet, sondern auch und nicht weniger durch gesellschaftliche Kräfte.<sup>1</sup> Eine rein abwehrrechtliche Lesart der Kommunikationsgrundrechte erschöpft sich schnell. Stattdessen ist der Realbereich der Grundrechtsnorm von einer faktischen Angewiesenheit des Einzelnen, der Gesellschaft, ja sogar der staatlichen Organe selbst auf eine funktionsfähige Kommunikationsordnung geprägt.<sup>2</sup> Kommunikationsfreiheit wird ent-

---

<sup>1</sup> Friedrich Kübler, *Medien, Menschenrechte und Demokratie*, 2008, 80.

<sup>2</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem, in: Ernst Benda / Werner Maihofer /

sprechend als Teil einer rechtlich gewährleisteten freiheitlichen Kommunikationsverfassung angesehen.<sup>3</sup>

Die gegenläufige Perspektive ist erst in der jüngeren Zeit verstärkt eingenommen worden und macht Recht zum Gegenstand einer medialen Analyse. Da Medien die Möglichkeitsbedingungen von Kommunikation überhaupt mitbestimmen, prägen sie auch die Formen der rechtlichen Praxis und ihres sozialen Gedächtnisses. Gerade in einer entwicklungsgeschichtlichen Betrachtung fallen Korrelationen zwischen der Emergenz von Verbreitungsmedien und rechtlichen Wissensformen auf. So hat erst der Buchdruck die evolutionäre Möglichkeit für die juristische Systembildung geschaffen, weil erst die Standardisierung der Schrift in Drucktypen und eine daran anschließende orthographische Regelbindung des Schreibens einen leeren Raum der Schrift eröffnet, in den sich nicht nur unendliche Wort- und Satzbildungen eintragen lassen, sondern auch – und dadurch – die „inneren“ Zusammenhänge von ehemals bloß kompilierten Rechtsnormen und Gesetzen dargestellt werden können.<sup>4</sup> Die hierbei vorausgesetzte Annahme einer Hierarchisierung und Fixierung von rechtlichem Sinn im (Gesetz-)Buch oder System der Rechtssätze wird freilich von der performativen Dimension von Sprache durchkreuzt. „Parole“ lässt sich nicht durch „langue“ festlegen, sondern ist ihr immer schon enteilt. Erst aus der Perspektive der späteren digitalen Konstellation wird die Performanz rechtlichen Sinns erkennbar, der sich in Transkriptions-

---

Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 7 Rn. 1.

<sup>3</sup> Hoffmann-Riem, Fn. 2, ebd.

<sup>4</sup> Thomas Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, Rn. 100 ff.

prozessen zwischen den Medien des Gesetzbuches, dem gerichtlichen Verfahren und der Urteilsbegründung herstellt.<sup>5</sup> Erst mit der Ablösung des Buches als Leitmedium erweist sich Sinn nicht als vorgegeben, sondern als Produkt der permanenten Übersetzung, Umschreibung und Verknüpfung von Texten. Recht wird als ein mediales „Geschehen“ sichtbar, das sich angemessener nach dem Modell des Hypertextes beschreiben lässt.<sup>6</sup> Unter Akzentuierung der Materialität performativer Akte lässt sich dann weiter nach der Wirklichkeit der medialen Verkörperungsbedingungen fragen und etwa für gerichtliche Akten und Archive zeigen, wie Medien die Bildung rechtlichen Wissen zu konditionieren vermögen und die Variationsmöglichkeiten von tradierten Rechtsbeständen bestimmen können.<sup>7</sup>

Bereits angesichts der eigenen medialen Verfasstheit des Rechts kann die Frage nach der Medienverfassung also nicht einfach durch den Verweis auf das (Verfassungs-) Recht der Medien beantwortet werden. Allzu verbreitet tendiert das Recht auch gegenüber dem Prozess der Kommunikation zur Vergegenständlichung und zu einem damit einhergehenden Positivismus von Rechten, Rechtssubjekten und Medien, die sämtlich als vorbestehend behandelt werden. Durch den Bezug auf gegebene Hand-

---

<sup>5</sup> Ralph Christensen/Kent D. Lerch, Performanz – Die Kunst, Recht geschehen zu lassen, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Recht vermitteln – Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht, 2005, 55 (101).

<sup>6</sup> Christensen/Lerch, Fn. 5, 111.

<sup>7</sup> Cornelia Vismann, Akten – Medientechnik und Recht, 2000; Ino Augsberg, Informationsverwaltungsrecht – Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen, 2014, 166 ff.

lungsmöglichkeiten werden Freiheitsrechte im Verhältnis zwischen Privaten fast zwangsläufig als Herrschaftsrechte und im Verhältnis zum Staat als Abwehrrechte konzipiert. In vergleichbarer Weise wird im Recht die Person vergegenständlicht, die Träger der Rechte sein soll. Weil im Rechtsbegriff der Person alle außerpersonalen Voraussetzungen verschwinden, hat sich zum Zwecke ihrer reflexiven Thematisierung das Persönlichkeitsrecht herausgebildet, das freilich auf die Erzeugung von Identität und Persönlichkeit über Akte der Selbstdarstellung und Selbstreflexion in Kommunikationsprozessen auszurichten ist und nicht den Fehler ihrer Behandlung als vorhandene Güter wiederholen darf.<sup>8</sup> Statt eines vergegenständlichenden, subsumierenden Zugriffs müsste das Recht auch und gerade im Umgang mit Medien auf die gegenseitige Konstituierung von Rechten, Subjekten und sozialer Praxis eingestellt werden. Entscheidend ist die Ausbildung einer Reflexionsstufe im Recht, die Medien nicht zu bloßen Instrumenten der Kommunikation und der „ordnenden Hand des Staates“ bei der Sicherung von deren Freiheitlichkeit macht, sondern die Autonomie des Mediums zu rezipieren und sie mit personalen und sozialen Autonomien ins Verhältnis zu setzen erlaubt. Denn Medien beeinflussen das Strukturbildungspotential der Gesellschaft und damit wiederum die Voraussetzungen individueller Freiheit.

Für die analogen Massenmedien hatte sich ein so verstandenes Medienverfassungsrecht dem Ansatz nach herausbilden können, weil und insofern einerseits die

---

<sup>8</sup> Hierzu Dan Wielsch, Medienregulierung durch Persönlichkeits- und Datenschutzrechte, JZ 2020, 105 (107 ff.).

Gewährleistung individueller Meinungsfreiheit funktional eingebunden und auf den *Prozess* kommunikativer (Selbst-)Steuerung des Gemeinwesens bezogen wird,<sup>9</sup> und andererseits Presse und Rundfunk nach der Verfassungsrechtsprechung „mehr als nur ‚Medium‘ der öffentlichen Meinungsbildung“, nämlich vielmehr eigenständiger „eminenten ‚Faktor‘ der öffentlichen Meinungsbildung“ sind und „institutionelle Freiheit“ genießen.<sup>10</sup> Dem Grunde nach sind damit individuelle, soziale und mediale Autonomie auf eine Ebene gehoben und können vom Recht in ihren Interdependenzen berücksichtigt werden – ohne dass es zu der gängigen Beschränkung einer funktionalen Betrachtung von Medien auf die politische Willensbildung im demokratischen Staat kommen müsste. Medien stiften allgemein Possibilitäten der sozialen Sinnbildung, die gleichermaßen relevant sind für die Entwicklung der einzelnen Persönlichkeit wie für die der Gesellschaft und ihrer Funktionssysteme.

Sicherlich kam Medien eine persönlichkeitsformierende und sozialstrukturelle – auch das Recht selbst erfassende – Funktion bereits in der analogen Welt zu. In *Karl-Heinz Ladeurs* Dreischritt der „Gesellschaft der Individuen“, der „Gesellschaft der Organisationen“ und der „Gesellschaft der Netzwerke“ korrelieren auch die sozialen Epistemologien und Subjektbegriffe der beiden ersten Gesellschaftsformationen mit den Möglichkeitsbedingungen ihrer jeweiligen Leitmedien und Öffentlichkeiten. Erst der Übergang in die digitale Konstellation lässt diese medial-sozialen Korrelationen und Koevolutionen jedoch aus

---

<sup>9</sup> Kübler, Fn. 1, 52.

<sup>10</sup> BVerfGE 12, 205 (260 f.).

ihrer Unsichtbarkeit hervortreten. Digitalisierung hebt die Latenz auf, in der Medien den Möglichkeitsraum für gesellschaftliche Entwicklung prägen. Sie besitzt für Verbreitungsmedien insofern eine ähnliche Bedeutung wie die Globalisierung für Erfolgsmedien. Schon die funktionale Differenzierung des gesellschaftlichen Ganzen in der Hochzeit des Nationalstaats hat die Problemlage einer Autonomisierung nicht-staatlicher Funktionsbereiche und daraus resultierender sozialer Scherkräfte erzeugt, die sich in der Globalisierung dann noch einmal so verschärft, dass sie nicht mehr hinter einem staatlichen Konstitutionalismus unsichtbar gehalten werden kann.<sup>11</sup>

Vor allem durch die Aktivität der digitalen Intermediäre wird vor Augen geführt, wie Medien Personalität und Sozialität konfigurieren.<sup>12</sup> Insofern sich für Dritte jede Person durch Mitteilung einer Klasse geordneter Informationen darstellt,<sup>13</sup> sind insbesondere die Plattformen von *Social Media* unmittelbar an der Erzeugung des sozialen Bildes von einzelnen Menschen beteiligt, ohne dass es wie unter massenmedialen Bedingungen auf deren Popularität ankäme – sie erfassen und verknüpfen öffentlich Informationen über private Lebensvollzüge. Zunehmend konstituiert sich das Subjekt nach den „poietischen Möglichkeiten“ des Netzwerks, es bilden sich neue „relationale Subjekte“, die an die Stelle des früheren (ver-

---

<sup>11</sup> Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, 19, der deswegen die Verfassungsfrage für einen gesellschaftlichen Konstitutionalismus weiter denkt.

<sup>12</sup> Gegenüber der sozialen Konstruktion an der Oberfläche bleibt die technologische freilich intransparent.

<sup>13</sup> So bereits das dem Erlass des BDSG vorausgegangene Gutachten zu „Grundfragen des Datenschutzes“, BT-Drucks. VI/3826, 87.

meintlich) „souveränen“ Subjekts treten.<sup>14</sup> Gleichzeitig wird die von den Kommunikationsgrundrechten gewährleistete Entbindung von Kommunikation aus allzu engen Ausdrucksbahnen, die eine freie Bildung komplementärer Verhaltenserwartungen in der Gesellschaft ermöglicht und ihr die für funktionale Differenzierung benötigte Disponibilität der Kommunikation verschafft,<sup>15</sup> genau von der Seite problematisch, die sie technologisch revolutioniert hat. Waren Äußerungsformen, Teilnehmer und Themen früher durch die Einbindung in Nähe- und Abhängigkeitsverhältnisse sowie in soziale Gruppen eng geführt, so ist es nunmehr der Code digitaler Intermediäre, der das Kommunikationswesen kanalisiert. Die Diagnose von Ladeur spitzt diese Produktion von Personen und Handlungsoptionen durch digitale Intermediäre zu: „nur die Netzwerke selbst können noch einen Sinnhorizont für die Gesellschaft generieren“.<sup>16</sup>

Genau hier – an der Verschaltung des Sozialen mit dem Technologischen – artikulieren sich aber grundlegende Rückfragen von *Albert Ingold* und *Christoph Beat Graber*. Für Ingold ist Ladeurs Annahme, dass die Medientechnologien die Logik der Medien bestimmten, Folge einer monodirektionalen, technikdeterministischen Betrachtungsweise.<sup>17</sup> Verwendet man stattdessen sozialkonstruktivistische oder pragmatische Ansätze, so können gesellschaftliche Strukturen als Selektionskriterien für den Erfolg technologischer Möglichkeiten sichtbar gemacht werden und damit die Kontingenz des Technologischen

---

<sup>14</sup> Karl-Heinz Ladeur, in diesem Band, 31.

<sup>15</sup> Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, 21–23.

<sup>16</sup> Karl-Heinz Ladeur, in diesem Band, 30.

<sup>17</sup> Albert Ingold, in diesem Band, 97.

selbst. Medientechnologien fungieren danach nicht als unabhängige Treiber von sozialer Entwicklung, sondern müssen sich gegenüber gesellschaftlich bereits angelegten Tendenzen als anschlussfähig erweisen. Digitalisierung wäre immer noch „Digitalisierung der Gesellschaft durch die Gesellschaft“.<sup>18</sup> Es ist dann nur konsequent, den Begriff der Digitalisierung zu verdoppeln. Digitalisierung bezeichnet demnach im engeren Sinn die Codierung von analogen Werten in digitale und schließt nach ihrem weiteren Verständnis die Erprobung der sich daraus ergebenden Daten im „Kontakt mit einer nach wie vor analog, das heißt widersprüchlich vorliegenden Wirklichkeit“ ein.<sup>19</sup> Die digitale Transformation der Gesellschaft vollzieht sich über solche Rückkopplungen zwischen Codierung und Erprobung; sie ist rekursiv, weil sie die Voraussetzungen verändert, unter denen sie stattfindet.<sup>20</sup> Auch Graber fordert eine Verknüpfung von „medien-theoretisch-materialer Perspektive mit einer soziologisch-konstruktivistischen Perspektive“, um die instrumentelle Rationalität technischer Formen kritisieren und normative Erwartungen an Technologie formulieren zu können.<sup>21</sup> Als Brücke zwischen beiden Welten greift er auf den Begriff der Affordanz zurück, nach dem Technologien im Hinblick auf ihre Angebote für Nutzungsmöglichkeiten analysiert werden. Digitale Technologie determiniert

---

<sup>18</sup> Dirk Baecker, 4.0 oder Die Lücke die der Rechner lässt, 2018, 59.

<sup>19</sup> Baecker, Fn. 18, 60.

<sup>20</sup> Baecker, Fn. 18, 59 und 61. Freilich formuliert Baecker an anderer Stelle (ebd., 47) insofern vorsichtiger, als sich erst noch zeigen werde, ob die nächste Gesellschaft „gegenüber der Verbreitung der elektronischen Medien ihren Eigensinn – ihre Möglichkeit, aufzugreifen, aber auch einzuschränken – behält“.

<sup>21</sup> Christoph Beat Graber, in diesem Band, 115 und 134.

danach nicht soziale Praxis, sondern umgekehrt wird technologische Affordanz in einem mehrstufigen Dialog zwischen Programmierern („design constituency“) und Anwendern („impact constituency“) koproduziert.<sup>22</sup>

Die grammatische Aktivform der „Erprobung“ impliziert freilich eine Handlungs- und Entscheidungssouveränität des Einzelnen wie auch des politischen Kollektivs, die gegenüber dem Digitalmedium gerade nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Auf welchen Foren, in welchen Verfahren und nach welchen Maßstäben werden technologische Affordanzen evaluiert? Das Netzwerk formatiert nicht nur die Subjekte und jene Prozesse ihrer öffentlichen Meinungsbildung neu, aus denen die normativen Maßstäbe für die Bewertung jener Erprobungen doch erst hervorgehen sollen. Mit den von digitalen Intermediären vorgegebenen Daten- und Kommunikationsregeln, die Äußerungen an bestimmte Formen binden und so die strukturelle Kopplung von sozialer Kommunikation an Einzelbewusstsein steuern können, ist der Einfluss digitaler Medien auf Kommunikation noch nicht in seiner ganzen Radikalität erfasst. Vielmehr ermöglicht Digitalisierung eine neuartige strukturelle Kopplung von sozialer Kommunikation mit autonomen Maschinen. Damit ist erstmals eine Evolution des Gesellschaftssystems denkbar, die sich von menschlichem Bewusstsein in Teilen ablöst. In dem geschichtlichen Moment, in dem die Steigerung von Komplexität in der Gesellschaft durch die Kopplung an menschliches Bewusstsein sich zu erschöpfen scheint – weil die Funktionssysteme globalisiert sind und sich eine Weltgesellschaft herausgebildet hat, deren Entwicklung

---

<sup>22</sup> Christoph Beat Graber, in diesem Band, 123 f.

sich aus der Maximierung von Inklusion in die Funktionssysteme speist –, schafft sich die Gesellschaft eine neuartige Umwelt, um die weitere Entwicklung zu stimulieren.<sup>23</sup> Jetzt übernehmen Algorithmen die Komplexitätssteigerung und heben sie in eine neue Dimension. Die Gesellschaft ist infolgedessen nunmehr nach zwei Seiten orthogonal gekoppelt, gleichzeitig an Bewusstsein und an Digital-systeme, und damit gleichsam „bipolar verschleift“.<sup>24</sup>

Die datengetriebene Kommunikation installiert dabei eine eigene Selektivität, die auf einer von Sinnbildung unabhängigen Syntax datenverarbeitender Prozesse beruht. Diese operative Unabhängigkeit bedeutet freilich nicht, dass das nicht-symbolische, nicht-sinnverarbeitende Prozessieren von Daten keine Wirkung auf die Gesellschaft hätte. Im Gegenteil haben datengetriebene Anwendungen einen sozialgenerativen Effekt, etwa indem sie die Personenkonstrukte der Sozialsysteme beeinflussen. Bei den von Algorithmen gebildeten Korrelationen zwischen Personen und Ereignissen, die der Anfertigung von Prognosen über ein zukünftiges Verhalten von Personen dienen, kommt es weniger auf die Richtigkeit der Voraussagen an als auf die Vorwegnahme von Handlungsmöglichkeiten, an denen sich das weitere Operieren von sozialen Systemen orientieren kann. Autonome digitale Systeme unterlaufen die Verstehensfunktion.<sup>25</sup> Und weil

---

<sup>23</sup> Für Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, 305 hängt das mit der Markierung von Formen zusammen, die ein reicheres Unterscheiden und Bezeichnen ermöglichen und nicht an die Codes der Funktionssysteme gebunden sind.

<sup>24</sup> Marc Amstutz, *Dateneigentum – Funktion und Form*, AcP 218 (2018), 439 (514).

<sup>25</sup> Amstutz, Fn. 24, 515. Eine Zurechnung von Handlungen auf einzelne Personen ist für den Fortgang von Kommunikation nicht